

〈서평〉

Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit  
(R. Walter, W. Ogris, Th. Olechowski 공편  
Wien 2009, 395면)

沈 憲 燮\*

지난 2009년 4월 19-21일 사이 오스트리아 빈에서는 켈젠의 생애, 작품, 활약상을 되살펴 보는 국제학술회의가 열렸다. 이는 오스트리아 학술진흥기금의 도움으로 2006년부터 진행된 프로젝트인 “1881-1940년 사이의 한스 켈젠에 대한 전기적 연구”의 결과를 발표하는 자리였다. 이 프로젝트는 2006년 출판된 켈젠의 자서전 “Hans Kelsen im Selbstzeugnis”(줄역, 켈젠의 자기증언, 법문사 2009)를 보충하는 뜻도 갖고 있다. 이 자서전은 순전히 이른바 ‘학술적 자서전’으로 쓰여져 보다 포괄적이고 자세한 전기의 연구가 아쉬웠다. 물론 메탈이 쓴 켈젠전기가 있지만 이는 켈젠의 ‘자서전’과 크게 다르지 않다. 이번의 전기연구 프로젝트에서는 법학 교수 외에 인문, 사회과학 분야의 남녀 연구자들이 많이 참여해 1940년까지의 켈젠의 인생역정을 따라 그의 삶, 학문, 활동상을 살살이 살폈다. 모두 22편의 글이 일곱 주제 하에 나뉘어 실려 이렇게 책으로 나왔다.

첫 주제는 켈젠의 가족사이다. 켈젠은 전통적인 유대인 집안 출신이다. 켈젠의 선조가 수세기에 걸쳐 대대로 살았던 오스트리아제국 동북변방(지금의 우크라이나)의 유대인 상업도시 브로디, 켈젠이 태어났던 프라하, 켈젠이 성장해 대학교수자격을 취득하고 결혼하기까지의 빈, 이 세 도시를 터전으로 전개된 그의 가족사가 Kurzmany, Kreuz, Staudacher 박사들에 의해 자세히 재현되었다.

둘째 주제는 젊은 켈젠이다. 여기서는 교수자격 취득(1911) 후 1차대전을 거쳐 (1914-1918) 교수취임(1920) 전까지의 활약상이 묘사되었다. 즉 1차대전 중에는 법무관으로서 육군성 장관의 법률자무관이 되어 매우 주목받은 활동을 수행했고,

---

\* 서울대학교 법과대학 · 법학대학원 명예교수.

교수자격 취득 후부터는 한동안 야간에 ‘중립적’인 시민교육기관에 나가 민주주의 교육에 열을 올렸고, 나중에는 여성교육가 슈바르츠발트박사의 교육개혁운동에 적극 참여했음을 Busch, Ehs, Holmes 박사들이 소상히 밝혔다.

셋째 주제는 **빈 법이론학과 그 정신적 환경**이다. 여기서는 가장 많은 여섯 글이 실렸다. 켈젠은 자서전에서 자신의 순수법이론에 대해 깊이 적지 않았다. 그래서 그의 학문적 황금기(1920-1933), 즉 빈대학 교수시(1920-1930)에서 켈른대학 교수시(1930-1933)까지의 업적이 조명됐다. 처음 Jestaedt 교수는 “‘국법론의 주요문제’(1911)에서 ‘순수법학 제1판’(1934)까지”라는 글에서 켈젠은 교수자격논문인 ‘국법론의 주요문제’에서 법의 고유법칙성, 즉 규범성과 실증성만에 입각한 법인식의 순수성, 통일성, 나아가 상대성을 주창해 ‘정태적 법고찰방법’을 확립하고, 이 위에 뒤 이어 발전시킨 법의 생성과 소멸, 창설과 폐지, 나아가 법질서 내에서의 법규범의 상호관계 등에 대한 ‘동태적 법고찰방법’을 덧붙임으로써 하나의 완결된 법이론을 1934년 출판된 순수법학 제1판에서 완성했다고, 다시 말해서 법률적 사고의 코페르니쿠스적 전환 위에 순수법이론의 금자탑을 세웠다고 극찬했다. Zeleny 박사는 “켈젠씨클. 빈 법이론학과”에서 이러한 켈젠이 활동한 빈 대학에는 자유로운 정신적 환경 속에서 사상을 교환한 ‘켈젠씨클’, 즉 ‘빈 법이론학과’가 형성되었으나 켈젠이 1930년 빈을 떠나고, 나치에 쫓겨 망명길에 오르자 자연히 쇠잔되었다고 적었다. Spörg 박사는 “1914-1944년 사이 빈학파의 매체로서의 공법학잡지”라는 글에서 켈젠이 사강사 시절 창간한 ‘오스트리아 공법학잡지’의 내력과 그 학문적 기여를 살폈다. 이어 Jabloner 교수는 “객관적 규범성·순수법이론과 빈 씨클(빈학단)의 한 연관점에서 대하여”라는 글에서 켈젠이 추구한 학문의 목표는 주관적 평가각 배제된 객관성이었고, 이는 그가 법을 주관적, 구속적이 아닌 수권적, 효력적 강제(제재) 규범으로 파악한데 나타났고, 이러한 법의 객관화 기획은 당시 유명했던 철학과, 즉 논리실증(경험)주의의 빈 씨클(Wiener Kreis)의 핵심멤버였던 Carnap이 주장한 ‘구조적 객관성’의 관념을 지향한 것이라고 결론냈다. 요컨대 켈젠은 법의 정당화가 아니라 그 객관적 규범성을 밝히려 했다는 것이다. 다음 Potacs 교수는 “한스켈젠과 마르크스주의”라는 글에서 켈젠이 사회주의에 대해 개인적으로나 학문적으로 동정적 내지 후원적이었지만 결코 동조하지 않았는데 이는 그가 마르크스주의의 여러 주장, 즉 자연사적 사회관, 낙관적 인간상, 계급의식적 인식론, 총체적 변증법을 강하게 비판한 것과 무관하지 않다고 했다. 마지막으로 Korb 박사는 “켈젠 대 잔더. 적대관계의 이야기”에서 켈젠의 지도와 추천으로 교수직에 오른 Sander가 경험적 동태적

법질차이론을 구축하면서 켈젠의 순수 규범주의적 법이론에 도전해 사제간의 일대 공방전을 벌인 이야기를 담았다.

넷째 주제는 **헌법기초, 헌법학, 헌법재판소 재판관**이다. 여기도 세 글이 실렸다. 처음 Olechowski 교수는 “오스트리아 연방헌법에 대한 한스 켈젠의 기여”에서 사람들이 켈젠을 오스트리아 헌법의 ‘저자’, ‘창조자’, ‘아버지’로 부르지만 실제로는 헌법의 ‘내용’보다 ‘형식’에 크게 관여했다고 보겠고, 따라서 헌법의 건축주(정치가)의 생각을 구현한 헌법의 ‘건축사’로 부르는 것이 옳아 보인다고 했다. 물론 참의원과 헌법재판소의 구성은 켈젠의 내용적 기여라고 강조했다. 다음 Strejcek 교수는 “선거법 전문가로서의 한스 켈젠”에서 교수자격논문 준비로 바쁜 가운데서도 집필했던 오스트리아 제국의회선거법 주석 등 주목받은 선거법 연구들을 살폈다. 마지막으로 Neschwara 교수는 “한스 켈젠과 면제혼인의 문제”에서 켈젠이 헌법재판관으로서 내렸던 면제혼인 재판, 즉 관청의 면제혼인 결정을 무효화한 법원의 판결을 월권행위로 다시 파기시킨 재판 때문에 부득이 오스트리아를 떠나 독일 쾰른대학으로 옮기게 된 사정의 전말을 살폈다.

다섯째의 주제는 **새로운 고향을 찾아서: 1930-1940년**이다. 여기서도 세 글이 실렸다. 처음 Lepsius 교수는 “한스 켈젠과 나치즘”이라는 글에서 쾰른으로 옮긴지 3년째인 1933년 켈젠은 나치에 의해 하루 아침에 대학에서 해직되고 간신히 독일을 떠나, 끝내는 자기의 학문을 “법학이 아니라 철학이나 사회학”으로 여기는 낮은 땅, 미국으로 망명한, 그러니까 영토상의 망명뿐만 아니라 학문상의 망명, 말하자면 2중의 망명을 한 켈젠을 그렸다. 다음 Ladavac 박사는 “제네바에서의 한스 켈젠: 학문과 정치 사이의 평화문제”라는 글에서 제1의 망명처로 택한 제네바대학 국제고등연구소에서 켈젠은 강의와 세미나 외에 평화연구에 열중해 세계평화는 국제법과 국제법원의 확충을 통한 세계국가의 건립으로 이룰 수 있다는 사상을 폈다고 적었다. 끝으로 Osterkamp 박사는 “체코슬로바키아에서의 한스 켈젠”이라는 글에서 켈젠은 체코에서는 프라하 독일대학에서 잔다 교수와의 어색한 재회와 나치의 준동에 부딪혔지만 슬로바키아 브루노대학의 Weyr 교수와는 학문적 이해를 같이하고 협력했다고 밝혔다.

여섯 번째의 주제는 **미국에서의 켈젠**이다. 여기에는 두 글이 실렸다. 처음 Feichtinger 교수는 “대서양 저쪽과의 네트워킹. 한스 켈젠과 그 씨클의 망명길”이라는 글에서 “순수법이론은 미국의 법적 사고에서 쟁점이 되지 않았다”(론 폴러)는 미국 땅에로의 순수법학자 켈젠과 그 제자들의 망명 길은 결코 순탄하지 않았고, 법률가로

서의 켈젠의 영향은 국제법에 국한되었고 그의 제자들은 전공을 바꾸었다고 서술했다. 다음 Rathkolb 교수는 “미국 메카시즘 시기의 한스 켈젠과 FBI”라는 글에서 켈젠은 2차 대전 중과 그 후 메카시즘(극단적 반공주의) 시기에 FBI의 수사도 받았으며, 다음과 같은 조서도 남아 있다고 전했다: “물음; 당신은 사회주의자를 좋게 생각합니까? 대답; 네, 그렇습니다. 물음; 공산주의자도요? 대답; 아니오, 그렇지 않습니다. 나는 공산주의자를 반대하는 책을 출판했습니다. 물음; 당신은 스스로를 공산주의자로, 아니면 사회주의자로 말할 수 있습니까? 대답; 나는 자유주의적 사회주의자라 할 수 있습니다.”

마지막 일곱번제의 주제는 **현재에로의 가교(架橋)**이다. 여기서도 두 글이 실렸다. 처음 Wiederin 교수는 “켈젠의 후기작품”이라는 글에서 켈젠은 유작으로 출간된 노년의 작품인 “규범의 일반이론”에서 그토록 오래 견지했던 법판단설에서 범명령설에로 입장을 바꿈으로써 그토록 강조했던 법의 논리성 내지 무모순성의 공준을 단념한 결과 폐지규범의 의미와 기능이 중시되고 근본규범은 진정한 의제(擬制)가 되었으나 이러한 그의 주의주의(主意主義)에로의 전환은 “슬픈 지적 몰락의 기념비”라기 보다는 그의 자연법에 대한 투쟁, 말하자면 그의 이론에 잔존한 자연법적 요소, 즉 논리성과 무모순성의 공준에 대한 투쟁이라고 이해했다. 다음 Pfersmann 교수는 지난 국제학술회의의 개막연설이며 이렇게 이 책의 마지막에 실린 “현대 법학에서 한스 켈젠의 역할”이라는 글에서 객관성과 엄정성을 통해 법학을 진정한 학문의 고지에 올려놓으려는 켈젠의 학문 목표는 실증적이 아닌 도덕적 법읽기, 배제적이 아닌 포용적 실증주의, 초월적이 아닌 승인적 법 근거지움, 원리 논변과 불법논변 나아가 가치교량의 학설들이 전개되는 현금의 법학에서도 가장 질 높은 연구의 계기가 되고 있다고 길게 설파했다.

이상으로 이 책의 내용을 일별해 보았다. 모든 글은 양적으로 일정하고 질적으로 알차다. 실로 공동연구의 본보기와도 같다. 모두 읽자면 힘들지만 소득은 크다. 켈젠의 인생과 학문의 자취를 더듬어 보는데 큰 도움이 될 것 같다.

그러나 마지막 주제 하에 실릴 Paulson 교수의 글이 그의 신병 때문에 끝내 빠져 몹시 아쉽다. 켈젠연구소를 오스트리아공화국의 연방재단으로 설립하는데 결정적 역할을 했고 이때까지의 켈젠연구를 주도한 Walter 교수, 그리고 지난번 국제학술회의를 켈젠의 ‘부활’(redivivus)이라 일컬은 Ogris 교수는 이 책의 공동편집으로 크게 기뻐했을 것으로 생각된다.